

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Het finale verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden

*Een aantekening bij HR 1 februari 2008, LJN:
BB9781*

A.J.M. Nuytinck

*Published in
WPNR, 2008, p. 189-191*

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck,
hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder
personen- en familierecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen
(nuytinck@kabelfoon.nl)

1. Inleiding

Op 1 februari 2008 heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan inzake het finale verrekenbeding in huwelijkse voorwaarden. Na de invoering van de Wet regels verrekenbedingen in 2002¹ komt er steeds meer duidelijkheid omtrent de verhouding tussen het periodieke en het finale verrekenbeding en de daarop toepasselijke wettelijke en jurisprudentiële regels.

2. De casus²

- (i) De man is in 1988 eigenaar geworden van een premiewoning (hierna ook: de eerste woning). De aankoop van deze woning heeft de man volledig gefinancierd door middel van een hypothecaire geldlening van f 137.000,-. Voor de inrichting van de woning heeft de man zijn spaargeld aangewend.
- (ii) Vanaf de aankoop daarvan in 1988 hebben partijen de eerste woning samen bewoond. Zij hebben de op die woning betrekking hebbende hypothecaire lasten, voor en na hun huwelijk, betaald van een gemeenschappelijke rekening.
- (iii) Partijen zijn in 1991 onder huwelijkse voorwaarden met elkaar gehuwd.
- (iv) Art. 8 van de huwelijkse voorwaarden bevat een periodiek (Amsterdams) verrekenbeding, dat echter tijdens het huwelijk door partijen niet is nageleefd. Art. 15 lid 1, onder b, van deze voorwaarden luidt, voor zover hier van belang:

‘Ingeval het huwelijk wordt ontbonden door echtscheiding of tussen de echtgenoten scheiding van tafel en bed wordt uitgesproken, heeft ieder van de echtgenoten eveneens het recht om te vorderen dat er een verrekening plaatsvindt, zo, dat ieder van de echtgenoten gerechtigd is tot een waarde gelijk aan die, waartoe hij gerechtigd zou zijn geweest indien er de algehele gemeenschap van goederen tussen hen had bestaan, met uitzondering echter van:

- alle aanbrengsten ten huwelijk;
- (...) (volgt een opsomming van erfrechtelijke verkrijgingen en giften, die hier verder niet van belang is; toevoeging van mij, AJMN).’

- (v) De eerste woning is op 1 augustus 1996 verkocht voor f 210.000,-. De roerende zaken zijn verkocht voor f 10.000,-. Na aflossing van de op die woning rustende hypothecaire geldlening tot een resterend bedrag van f 102.508,75 en betaling van de overige met de verkoop verband houdende kosten, resteerde een opbrengst van f 117.972,32 (€53.533,50).
- (vi) De hiervoor genoemde na verkoop van de eerste woning resterende opbrengst is aangewend voor betaling van een deel van de koopprijs van

¹ Wet van 14 maart 2002, *Stb.* 2002, 152, tot wijziging van titel 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (regels verrekenbedingen), in werking getreden op 1 september 2002.

² Ontleend aan punt 3.1 van de beschikking van de Hoge Raad en de punten 1 en 2 van de conclusie van de plaatsvervangend P-G De Vries Lentsch-Kostense.

- de in 1996 door beide partijen gezamenlijk gekochte en op beider naam gestelde woning (hierna: de tweede woning).
- (vii) Bij de in eerste aanleg uitgesproken beschikking is echtscheiding tussen partijen uitgesproken. De beschikking is op 2 september 2005 ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

3. De uitspraak van de Hoge Raad

De cruciale vraag in deze procedure is of de eerste woning moet worden beschouwd als een aanbrengst in de zin van art. 15 lid 1, onder b, van de huwelijkse voorwaarden, zodat de waarde daarvan niet in de verrekening op grond van het finale verrekenbeding moet worden betrokken. De rechtsoverwegingen van de Hoge Raad luiden als volgt.

'3.2 Tussen partijen is, voorzover in cassatie nog van belang, in geschil of de eerste woning een aanbrengst van de man bij het huwelijk is en of uit dien hoofde de waarde daarvan, in het bijzonder de voor de aankoop van de tweede woning bestede opbrengst daarvan, buiten de verrekening ingevolge het hiervoor in 3.1 (iv) geciteerde beding moet blijven. Het hof heeft, heel kort gezegd, geoordeeld dat de eerste woning een aanbrengst van de man is, en dat aan de man dient te worden vergoed de door hem bij de aankoop van de tweede woning ingebrachte netto-opbrengst van de eerste woning verminderd met de helft van de aflossingen die partijen tijdens het huwelijk van de gezamenlijke rekening hebben gedaan. Het hof verwierp hiermee het standpunt van de vrouw dat aan de man bij de verrekening van de waarde van de tweede woning ingevolge het hiervoor in 3.1 (iv) geciteerde finale verrekenbeding geen, althans een lagere, vergoeding toekomt. Het middel stelt de vraag aan de orde of het hof dat standpunt op juiste en genoegzaam gemotiveerde gronden heeft verworpen.

3.3 Het hof heeft in rov. 4.12 de stelling van de vrouw behandeld die het hof aldus heeft verstaan dat partijen zijn overeengekomen dat de vrouw in een eventuele overwaarde van de eerste woning zou delen. Het hof heeft die, door de man betwiste, stelling verworpen omdat de gestelde overeenkomst niet uit de door de vrouw gestelde feiten kan worden afgeleid en de vrouw geen bewijs van die overeenkomst heeft aangeboden, zodat die niet kan worden aangenomen en uitgegaan moet worden van de juridische werkelijkheid dat de eerste woning alleen op naam van de man stond. Onderdeel 1.1 voert hiertegen aan dat het hof aldus oordelende heeft miskend dat de overwaarde van de eerste woning in de onderhavige situatie vermoed wordt te zijn verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten en derhalve, behoudens door de man te leveren bewijs van het tegendeel, voor verdeling³ in aanmerking komt. Deze klacht faalt nu die kennelijk berust op het uitgangspunt dat de verkoopopbrengst van een door een der echtgenoten ten huwelijk aangebracht woonhuis vermoed wordt te zijn verkregen uit of door belegging van overgespaarde inkomsten. Dat uitgangspunt is onjuist, ook wanneer het gaat om een situatie waarin zich de bijzondere omstandigheden voordoen als in het onderdeel nader omschreven. De klacht van onderdeel 1.2, die eveneens uitgaat van het hiervoor bedoelde onjuiste uitgangspunt, deelt het lot van onderdeel 1.1.

3.4 Opmerking verdient hierbij dat het in onderdeel 1.1 en in de toelichting op de onderdelen 1.1 en 1.2 genoemde art. 1:141 lid 3 BW in de beslissing van het hof, terecht, geen rol speelt. Het hof heeft zich, blijkens rov. 4.10, slechts beziggehouden met de vraag wat verrekening volgens het in de huwelijkse voorwaarden opgenomen finale verrekenbeding meebrengt. Dat beding voorziet in een zodanige finale verrekening dat elk van de echtgenoten een waarde krijgt gelijk aan die waartoe hij gerechtigd zou zijn geweest indien er een algehele gemeenschap van goederen zou hebben bestaan, met uitzondering van, onder meer, de

³ Het onderdeel bedoelt uiteraard 'verrekening'.

aanbrengsten. De door het hof bedoelde vergoeding aan de man heeft het hof kennelijk gezien als vergoeding op de voet van art. 1:95 lid 2 (reprise), verminderd met een door de man aan de pseudo-gemeenschap verschuldigde vergoeding op de voet van art. 1:96 lid 2 BW (récompense). Het hof heeft geen oordeel gegeven, en hoefde ook geen oordeel te geven, met betrekking tot de kwestie in hoeverre sprake is van overgespaarde inkomsten.

3.5 De onderdelen 2.1 en 2.2 betogen dat het hof in rov. 4.13 heeft miskend dat de vrouw naar rato van de gedane aflossingen moet meedelen in de waardestijging van de echtelijke woning, waarmee bedoeld wordt, naar de Hoge Raad begrijpt, de eerste woning. De onderdelen steunen blijkens nr. 2.6 van de toelichting op de opvatting dat tijdens het huwelijk met aanwending van overgespaarde inkomsten verrichte aflossingen op een schuld van een der echtgenoten die door hem voor de huwelijksluiting is aangegaan ten behoeve van de aanschaf van een door hem ten huwelijk aangebrachte zaak, meebrengen dat de waarde van die zaak naar rato van die aflossingen tot het ingevolge een verrekenbeding te verrekenen vermogen gaat behoren. Het gaat in deze zaak evenwel slechts om de gevolgen van een finaal verrekenbeding dat voorziet in een verrekening op basis van een pseudo-gemeenschap van goederen, waarbij ter bepaling van het te verrekenen vermogen een andere benadering geboden is dan die van art. 1:141 lid 3 BW. Ook deze onderdelen en de corresponderende motiveringsklacht in de toelichting daarop missen dan ook doel.’

De Hoge Raad verwierpt het door de vrouw tegen de beschikking van het hof ingestelde cassatieberoep.

4. Commentaar

De onderhavige huwelijkse voorwaarden dateren van 1991 en zijn dus tot stand gekomen voordat de tweede tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht in werking is getreden.⁴ Omdat zij een zogenaamde ‘combi’ – een combinatie van een periodiek met een finaal verrekenbeding – bevatten, staat vast dat vanaf 1 september 2002 de Wet regels verrekenbedingen op deze ‘oude’ huwelijkse voorwaarden onmiddellijk van toepassing is. Art. IV lid 1 van deze wet bepaalt immers dat op huwelijkse voorwaarden⁵ die uitsluitend finale verrekening van vermogen bevatten, het recht zoals dat gold onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip van de inwerkingtreding van deze wet, van toepassing blijft. Deze huwelijkse voorwaarden bevatten echter niet uitsluitend finale verrekening van vermogen, maar een ‘combi’, zodat de regeling met betrekking tot het wettelijk deelgenootschap in de zin van de art. 1:132-145 BW (oud) hierop niet van toepassing is. Dat in dit geval het periodieke verrekenbeding tijdens het huwelijk door partijen niet is nageleefd, doet hieraan niet af. Voor het antwoord op de vraag of oud dan wel nieuw recht van toepassing is, is niet beslissend of het periodieke verrekenbeding in de praktijk al dan niet is toegepast, maar uitsluitend wat partijen zijn overeengekomen.

Sinds een beschikking van de Hoge Raad van vorig jaar⁶ weten wij dat, als in geval van een combi het periodieke verrekenbeding niet is nageleefd, uitsluitend moet worden verrekend op grond van het finale verrekenbeding. De Hoge Raad overwoog toen immers het volgende.

‘De uitleg door het hof van de huwelijkse voorwaarden in dier voege dat, indien tijdens het huwelijk geen uitvoering is gegeven aan het periodieke verrekenbeding, uitsluitend verrekend moet worden overeenkomstig de bepalingen over het ‘deelgenootschap’ in de artikelen 8 en 9

⁴ Zie voetnoot 1.

⁵ De wetgever bedoelt uiteraard huwelijkse voorwaarden van vóór 1 september 2002.

⁶ HR 19 januari 2007, LJN: AZ1106, in het bijzonder rov. 4.3, laatste volzin.

(van de huwelijkse voorwaarden; toevoeging van mij, AJMN), is ook in het licht van het betoog van de vrouw niet onbegrijpelijk.⁷

Ook de plaatsvervangend P-G De Vries Lentsch-Kostense gaat hiervan uit in punt 10 van haar conclusie. Zij merkt terecht op dat het vanzelf spreekt dat het door partijen aldus overeengekomen finale verrekenbeding als wijze van verrekening dient te gelden en dat geen sprake meer kan zijn van het volgens de wettelijke en jurisprudentiële regels alsnog uitvoeren van het periodieke verrekenbeding.

De huwelijkse voorwaarden zijn in het onderhavige geval heel duidelijk: aanbrengsten ten huwelijk blijven in geval van echtscheiding buiten de verrekening op grond van het finale verrekenbeding (art. 15 lid 1, onder b). De eerste woning was juridisch eigendom van de man alleen, door hem verworven in 1988 en ten huwelijk aangebracht in 1991. Ik wijs ook nog op art. 1:133 lid 2, eerste volzin, BW, waarin is bepaald dat de verplichting tot verrekening uitsluitend betrekking heeft op inkomsten die of op vermogen dat de echtgenoten tijdens het bestaan van deze verplichting hebben verkregen. Deze bepaling geldt ook voor finale verrekenbedingen, nu zij is opgenomen in paragraaf 1 – betreffende algemene regels voor verrekenbedingen – van afdeling 1.8.2 BW. Overigens bevat de beschikking van het hof⁷ een fout waar het spreekt over de juridische werkelijkheid dat de eerste woning alleen op naam van de man stond. Volgens het hof is niet relevant dat de bedoelde woning niet op de staat van aanbrengsten is vermeld, ‘nu de staat geen betrekking heeft op onroerende zaken’. Blijkbaar doelt het hof op de staat van aanbrengsten in de zin van art. 1:142 BW (oud), die echter wel degelijk op *alle* goederen betrekking had, dus ook op onroerende zaken. Art. 1:142 lid 1 BW (oud) bepaalde immers dat op de staat van ieders goederen, schulden en lasten bij ieder goed de waarde daarvan afzonderlijk moet worden vermeld. Dit voorschrift gold voor het wettelijk deelgenootschap en via de schakelbepaling van art. 1:129 BW (oud) in beginsel ook voor het contractueel deelgenootschap.⁸ Het hof is volgens mij in de war met de ‘beschrijving’ van art. 1:130 BW, die inderdaad niet voor onroerende zaken geldt. Het hof had hier echter gewoon moeten overwegen dat de staat van aanbrengsten in de zin van art. 1:142 BW (oud) onder het sinds 1 september 2002 geldende recht niet meer aan de orde is.

Terecht gaat de Hoge Raad in de rov. 3.4 en 3.5 voorbij aan het wettelijk vermoeden van art. 1:141 lid 3 BW, dat immers blijkens zijn plaatsing in paragraaf 2 van afdeling 1.8.2 BW uitsluitend betrekking heeft op periodieke verrekenbedingen en niet tevens op finale verrekenbedingen. De vrouw heeft in het cassatiemiddel, evenwel zonder succes, nog een beroep gedaan op een beschikking van de Hoge Raad uit 2001, waarin hij heeft geanticipeerd op het bewijsvermoeden van art. 1:141 lid 3 BW.⁹ Nu het onderhavige finale verrekenbeding als maatstaf voor de verrekening geldt en het niet gaat om de vraag welke vermogensbestanddelen zijn verkregen door belegging van overgespaarde inkomsten, kan van toepassing van dit bewijsvermoeden geen sprake zijn, omdat laatstgenoemde bepaling slechts geldt voor de afwikkeling van niet uitgevoerde periodieke verrekenbedingen, zoals de plaatsvervangend P-G De Vries Lentsch-Kostense terecht opmerkt in punt 11 van haar conclusie. Bovendien ging het in de beschikking van de Hoge Raad uit 2001 om een staande huwelijk

⁷ Hof 's-Hertogenbosch 1 juni 2006, rov. 4.12, laatste volzin, te kennen uit punt 6 van de conclusie van de plaatsvervangend P-G De Vries Lentsch-Kostense.

⁸ Zie over de staat van aanbrengsten recentelijk nog HR 4 mei 2007, LJN: BA1564, rov. 3.3.2, laatste volzin.

⁹ HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 93, m.nt. WMK (Lindner-Mannaerts).

verworven vermogensbestanddeel, terwijl in de onderhavige procedure de eerste woning drie jaren vóór het huwelijk was verkregen.

Ten slotte vermeld ik nog even dat de reprise en récompense waarover de Hoge Raad spreekt in de voorlaatste volzin van rov. 3.4, naar huidig recht nog nominale vorderingen zijn, maar naar komend recht onder omstandigheden worden onderworpen aan de beleggingsleer van art. 1:87 BW (nieuw), die de nominaliteitsleer van de Hoge Raad¹⁰ vervangt. Men zie art. 1:96 leden 3 en 4 jo. art. 1:87 leden 2 en 3 BW (nieuw) volgens de derde tranche tot herziening van het huwelijksvermogensrecht.¹¹

¹⁰ HR 12 juni 1987, *NJ* 1988, 150, m.nt. EAAL, AA 1987, p. 780-785, m.nt. PvS (Kriek-Smit).

¹¹ Wetsvoorstel 28 867 tot wijziging van de titels 6, 7 en 8 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek (aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen), in het bijzonder *Kamerstukken II* 2005-2006, 28 867, nr. 9 (tweede nota van wijziging van 25 oktober 2005), p. 1-3 (tekst van de nieuwe art. 1:87 en 96 BW) en p. 22-24 (toelichting op de nieuwe art. 1:87 en 96 BW).